

Un approccio filosofico alle teorie civilistiche sull'apparenza giuridica: la perdita di una identità

Federico Casa

ABSTRACT

Il presente contributo analizza le più diffuse teorie civilistiche sulla teoria dell'apparenza giuridica. Dal punto di vista filosofico-giuridico l'istituto si presenta di grande interesse, perché l'idea stessa dell'apparenza, per sua stessa natura, rinvia a qualche cosa che sta "dietro" e/o "prima", con la quale essa deve avere un legame, in altri termini, un rapporto con ciò di cui essa costituisce una rappresentazione. Si è allora verificato come nelle più recenti e note teorie civilistiche tale rapporto ha perso ogni connotazione veritativa, divenendo la sua esistenza ora una questione di coerenza argomentativa, ora una semplice forma di dinamica sociale.

This paper analyzes the most widespread civil theories on the theory of legal appearance. From the philosophical-juridical point of view the concepts of great interest, because by its nature the very idea of appearance refers to something that stands "behind" and/or "before" it, something

with which it must have a relationship, that is a relationship with what it constitutes a representation of. Hence this paper verifies how in the most recent and well-known civil theories this relationship has lost all truthful connotations and how its existence becomes sometimes a question of argumentative coherence, other times a simple form of social dynamics.

PAROLE CHIAVE

APPARENZA GIURIDICA; VERITÀ;
LEGITTIMO AFFIDAMENTO; GIUSTIFICAZIONE;
EPISTEMOLOGIA.

KEYWORDS

LEGAL APPEARANCE; TRUTH; TRUST;
JUSTIFICATION; EPISTEMOLOGY.

1. PRIMA ANALISI DELLE TEORIE SULL'APPARENZA GIURIDICA¹

¹ La presente relazione ripensata, aggiornata e dotata di apparato critico è stata tenuta al Convegno di Studi organizzato dalla Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova sul tema *Dialogo tra Corti. Affidamento e certezza del diritto* (giugno 2018). Ringrazio a tal proposito Maurizio Bianchini, Alessandro Calegari e Gina Gioia per l'invito quale filosofo del diritto ma soprattutto per la loro amicizia. La relazione e questo contributo sono dedicati a Emanuela Minesso, anche avvocato, con la quale ho discusso alcune di queste tesi; Ella tanto ama la verità che fin troppo teme l'apparenza.

Si giunse così alla formulazione di un «**S** principio generale (cosiddetto principio dell'apparenza) secondo cui: tutte le volte che un soggetto crea per fatto proprio un'apparenza giuridica a sé sfavorevole non può opporre il vero stato di fatto e di diritto, difforme dall'apparenza, al terzo che abbia confidato (*variante*: che abbia confidato senza propria colpa) nell'apparenza ingannevole», affermava Rodolfo Sacco, scrivendo oltre sessant'anni fa, la voce *Affidamento* de *La Enciclopedia del Diritto*². Egli ripercorreva quasi con ostentata insistenza il suo

² R. Sacco, *Affidamento*, in "Enc. dir.", I, Milano, 1957, p. 662.

precedente saggio dedicato al rapporto tra la buona fede ed i fatti giuridici³, a dire il vero non ancora invecchiato, seppure da più parti ampiamente criticato⁴. A cui avrebbe fatto eco nella dottrina giuridica italiana, a distanza di qualche mese, sempre secondo una prospettiva civilistica, *L'acquisto a non domino*⁵, tuttora studiato e unanimamente apprezzato; nei primissimi anni Cinquanta, da un punto di vista più strettamente processualistico, *Azione e legittimazione* di Luigi Monacciani⁶, il quale non avrebbe avuto altrettanta fortuna. Di qualche anno successivo, anche se non solo dedicato all'apparenza giuridica, il ricchissimo volume su *La trascrizione* di Salvatore Pugliatti⁷. Nel 1958 Angelo Falzea dava alle stampe la raffinatissima voce *Apparenza* per l'*Enciclopedia del Diritto*⁸, mentre si dovevano attendere altri quindici anni per l'accurato studio monografico di Raffaele Moschella⁹. Del 1987 la voce *Apparenza* del Digesto di Rodolfo Sacco¹⁰, dell'anno successivo nell'*Enciclopedia giuridica* Bessone e Di Paolo¹¹.

Anche una lettura non esperta può oggi rilevare che man mano che la dottrina giuridi-

ca progrediva ben poco spazio rimaneva per l'elaborazione di una compiuta e autonoma teoria scientifica dell'apparenza giuridica in senso realista¹². Addirittura del tutto esaurito nella giurisprudenza di legittimità¹³, essendosi piuttosto proposte teorizzazioni di natura relazionale oppure strumentali all'affermazione di taluni altri principi, ritenuti maggiormente utili ai fini della regolamentazione del traffico giuridico¹⁴. In particolare, quello dell'affidamento, il quale nell'ambito più strettamente dogmatico viene ormai sovrapposto al principio dell'apparenza, divenuta quest'ultima ele-

12 Si veda prima della codificazione del 1942 L. Mossa, *La dichiarazione cambiaria*, Pisa, 1930; S. Sotgia, *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, Roma, 1930; F.M. Dominedò, *Anonime apparenti*, Siena, 1931; F. Carnelutti, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933; A. Bolaffi, *Le teorie dell'apparenza giuridica*, in "Riv. dir. comm.", 1934, I, pp. 695 ss., i quali Autori, tutti perlopiù importanti studiosi del diritto commerciale, avvertivano come imprescindibile l'esigenza di proteggere il terzo in buona fede, che avesse confidato nell'esistenza nella società apparente e/o nella validità della procura apparente.

13 Cfr. Cass. 1 marzo 2018, n. 4839, in *Pluris*, in cui si legge ciò che la giurisprudenza di legittimità ripete in modo tralatizio da quasi cinquant'anni (cfr. Cass. 14 dicembre 1957, n. 4703, in *Foro It.*, 1958, I, 390), vale a dire che «il principio dell'apparenza del diritto, che mira alla tutela della buona fede dei terzi, trova applicazione quando concorrono le due condizioni costituite dallo stato di fatto non corrispondente alla situazione di diritto e dal convincimento del terzo, derivante da errore scusabile, che lo stato di fatto rispecchi la realtà giuridica; che, pertanto, per l'applicazione di siffatto principio, occorre procedere all'indagine, da compiersi caso per caso, non solo sulla buona fede del terzo, ma anche sulla ragionevolezza dell'affidamento, il quale non può essere invocato da chi versi in una situazione di colpa [...] per essersi affidato alla mera apparenza». Si veda inoltre Cass. 12 gennaio 2006, n. 408, in "Gius. civ.", 2006, I, 1490, in cui la teoria dell'apparenza giuridica pare addirittura coincidere con il principio dell'affidamento: «chi crei un'oggettiva e ingannevole apparenza di poteri rappresentativi, atta ad ingenerare in un altro soggetto l'erronea incolpevole credenza dell'esistenza di poteri medesimi, [...] è responsabile nei confronti dello stesso soggetto della falsa apparenza creata, del falso affidamento ingenerato, ed è tenuto a risarcire il danno».

14 Cfr. recentemente A. Owusu, *Principio di apparenza "pura" (difetto di legittimazione passiva e prescrizione)*, in "Dir. civ. cont.", V, I, 2018, a giudizio del quale, se connesso all'affidamento del terzo in buona fede, si tratta di un principio generale dell'ordinamento giuridico, come tale applicabile anche in via analogica.

3 Id., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, pp. 52 ss.

4 Per il particolare vigore e accuratezza degli argomenti, si veda F.D. Busnelli, *Erede apparente*, in "Enc. dir.", XV, Milano, 1966, p. 664.

5 L. Mengoni, *L'acquisto «a non domino»*, Milano, 1949, pp. 75 ss.; nel proseguo si farà però riferimento anche a Id., *Gli acquisti «a non domino»*³, Milano, 1975; cfr. anche Id., *In tema di terzi acquirenti mediati dall'eredità apparente*, in "Riv. dir. comm.", 1957, II, p. 105.

6 Cfr. L. Monacciani, *Azione e legittimazione*, Milano, 1951, pp. 132 ss.

7 S. Pugliatti, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in "Trattato di diritto civile e commerciale", diretto da Cicu e Messineo, XIV, 1, Milano, 1958, pp. 252 ss.

8 Cfr. A. Falzea, *Apparenza*, in "Enc. dir.", II, Milano, 1958, pp. 682 ss.

9 R. Moschella, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973.

10 Cfr. R. Sacco, *Apparenza*, in "Dig. disc. priv., sez. civ.", I, Torino, 1987, pp. 353 ss.

11 Cfr. M. Bessone, M. Di Paolo, *Apparenza*, in "Enc. giur.", II, Roma, 1988, 1 ss.; per una rassegna giurisprudenziale ragionata, anche se quantomeno nella giurisprudenza di legittimità non si registrano particolari ripensamenti, si veda G. Ceccherini, *Il "principio" di apparenza secondo la giurisprudenza*, in "Riv. trim. dir. proc. civ.", 1977, pp. 876 ss.

mento costitutivo di una fattispecie ben più ampia. Oppure, anche solo pensando all'istituto del creditore apparente, l'apparenza giuridica risulta oggi relegata alla percezione che di essa hanno determinati soggetti giuridici, in quanto operanti nell'ambito di un preciso e ben contestualizzato rapporto giuridico.

Eppure, ogni forma di epistemologia giuridica, qualunque ne sia la visione del mondo che ne costituisce il fondamento, anche quelle, e sono la maggioranza, che negano l'esistenza stessa dell'utilità di un approccio metafisico al diritto¹⁵, osservano come uno dei nodi cruciali dell'attività giuridica è proprio la discussione sul rapporto tra l'accadimento fattuale e la rappresentazione giuridica del medesimo. Ne deriva che il giurista, occupandosi dell'apparenza giuridica, non può non affrontare il problema della natura dei fatti giuridici e la possibilità o meno di predicare la verità degli stessi¹⁶. Poco rilevando invece,

¹⁵ Risulta ormai patrimonio acquisito della epistemologia contemporanea la convinzione che qualunque teoria scientifica non possa prescindere da una determinata visione della realtà dello scienziato che la propone; anzi, oggi si suole affermare con sempre maggiore sicurezza quello che aveva già detto W. Whewell, secondo il quale i buoni fisici «si sono differenziati dagli sterili speculatori non perché non avessero nessuna metafisica nelle loro teste, ma per il fatto che avevano una buona metafisica, mentre i loro avversari ne avevano una cattiva; e perché legarono la loro metafisica alla loro fisica piuttosto di tenere separata l'una dall'altra»; cfr. G. Radnitzky, *L'epistemologia di Popper e la ricerca scientifica* (1982), tr. it., Roma, 1986, pp. 69-98; J. Watkins, *Tre saggi su "scienza e metafisica"* (1958, 1978), tr. it., Roma, 1983, pp. 17-44, 47-62; W.W. Bartley III, *Come demarcare la scienza dalla metafisica* (1965, 1982), tr. it., Roma, 1983.

¹⁶ Cfr. sul tema E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, 1999, pp. 91-126; sul realismo delle teorie scientifiche, per una prospettazione contigua a quella proposta nel testo, nonché per la particolare chiarezza anche espositiva si veda E. Agazzi, *L'oggettività scientifica e i suoi contesti*, 2018, Firenze-Roma, pp. 675-703; Id., *Che cos'è il realismo*, in E. Agazzi, F. Minazzi, L. Geymonat, *Filosofia, scienza e verità*, Milano, 1989, pp. 80 ss.; V. Possenti, *Il realismo e la fine della filosofia moderna*, Roma, 2016, pp. 61-102. Nel senso invece dell'anti-realismo delle teorie scientifico-giuridiche, si veda V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1993, pp. 187-226; con importanti riferimenti ad opere fondamentali nel senso della critica al descrittivismo a partire da

almeno a questi fini, se rispetto alla interpretazione dei fatti, debba prevalere l'idea della sussunzione propria del sillogismo giuridico oppure il metodo ritenuto perlopiù alternativo e oggi forse prevalente della cosiddetta "spirale ermeneutica"¹⁷.

L'intento del presente contributo sarà allora non tanto quello di comprendere in che senso e secondo quali modalità sia possibile la costruzione dottrinale di un articolato principio dell'apparenza giuridica. Suscettibile in ambito dogmatico non solo di rilevanti interpretazioni estensive o analogiche, ma anche in grado di giustificare o distinguersi dal punto di vista teorico-generale da altri istituti, come quello della simulazione, oppure ancora di interpretare alcuni casi dubbi di altri settori dell'ordinamento, come quelli che si registrano nella disciplina della pubblicità¹⁸. Quanto quello di capire le ragioni di un sempre maggiore e diffuso disinteresse per un istituto, che dovrebbe invece essere inteso nella sua naturale declinazione, secondo il rapporto tra le circostanze apparenti e quelle che si suppongono esistenti. A meno che non si voglia optare per la fondazione di una scienza giuridica, in cui non ha più senso discutere di fatti¹⁹, ma solo di un «sistema di regole», «di possibilità di mosse», i quali rappresentano la «scacchiera» sulla quale deve essere inserita la situazione

una prospettiva essenzialmente costruttivista della conoscenza scientifica e non solo; si vedano pertanto i saggi ancora oggi particolarmente influenti di M. Devitt, *Realism and Truth*, Oxford, 1984; B. Frassen (van), *Scientific Image*, Oxford, 1980; R. Rorty, *La filosofia e lo specchio della natura* (1979), tr. it., Milano, 1986, pp. 7, 15.

¹⁷ Su tali temi ancora molto attuale M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, 1994, (in particolare) pp. 1-47; di recente, T. Gazzolo, *Il caso giuridico. Una ricostruzione gius-filosofica*, Torino, 2018, pp. 35-177.

¹⁸ Rispetto alla trattazione di tali importanti questioni di dogmatica giuridica, si veda A. Falzea, *Apparenza*, cit., pp. 687-691; R. Sacco, *Apparenza*, cit., pp. 357-361; R. Moschella, *Contributo*, cit., pp. 68-98.

¹⁹ Del tutto isolata rimaneva, anche nell'evoluzione stessa della sua riflessione teorico-generale, l'intuizione secondo la quale «l'apparenza appartiene al mondo dei fatti, non al mondo degli effetti giuridici»; cfr. A. Falzea, *Apparenza*, cit., p. 692; in questo senso anche L. Monacciani, *Azione*, cit., pp. 132 ss.

ne concreta, dato che «la conoscenza precede il darsi dell'oggetto»²⁰; sulla questione evidentemente si dovrà tornare in seguito. Rimane per ora la considerazione che l'odierna interpretazione dell'apparenza giuridica disciplinata dal codice civile del 1942 costituisce una precisa presa di posizione rispetto al nodo cruciale del rapporto in termini veritativi tra la rappresentazione dell'accadimento e ciò di cui essa costituisce rappresentazione, la relazione in altri termini tra «l'apparire dell'irreale come reale dentro un rapporto di pubblica esperienza»²¹.

Lungo questa direzione di ricerca parrebbe quasi di doversi sottolineare, e la considerazione potrebbe sembrare almeno a prima vista paradossale, che man mano che quella particolare forma di positivismo giuridico, che pure era la Pandettistica, perdeva terreno, di pari passo, veniva meno in capo ai giuristi ogni sforzo di collegare gli effetti giuridici riconducibili all'operare delle "apparenze" alla relazione di queste ultime con la "verità" dei fatti non visibili. Prevalendo in tal modo e decisamente l'idea che l'analisi del giurista non dovesse più vertere sul rapporto tra l'apparenza di una realtà e il fatto generatore della stessa, quanto sulla percezione che dell'apparenza stessa avessero avuto i terzi interessati dal rapporto giuridico in cui essa si era manifestata. Tali teoriche, infatti, a partire dalla teoria dell'errore comune di derivazione francese²², pur accentuando rispetto alla dottrina tedesca la distinzione tra il fatto "esterno", che rileva

tra il soggetto della situazione "nascosta", il soggetto della situazione "visibile" e le circostanze apparenti opponibili dal terzo di buona fede al soggetto effettivamente titolare del diritto soggettivo, sottolineavano il carattere pubblicistico dell'errore individuale e il preminente interesse pubblico alla sicurezza della circolazione, quale base della protezione dei terzi acquirenti. Per finire poi con l'abbracciare, quasi integralmente, quella teoria dell'apparenza oggi del tutto prevalente, denominata dell'«affidamento legittimo»²³.

2. LA FORMA SENSIBILE DELLA REALTÀ

«Interviene qui un secondo principio generale di tutto il nostro diritto privato, che cioè accanto alla fattispecie che è in sé necessaria per l'efficacia giuridica, può anche valere un'altra fattispecie, alla quale manchi l'uno o l'altro presupposto di efficacia, ma che però presenti certi esterni connotati che secondo le regole della vita riconosciute dal diritto la rivestono dell'apparenza che tutti i necessari presupposti siano presenti. È questo il contrasto tra diritto e apparenza del diritto.

La ragione dell'efficacia dell'apparenza sta in ciò: i fatti che costituiscono l'apparenza del diritto sono concepiti in modo che nella stragrande maggioranza dei casi esiste lo stesso diritto soggettivo, cosicché «nel processo essa giustifica una presunzione probatoria e nel traffico giuridico chiunque si appoggi all'apparenza può farvi affidamento, per cui è esonerato dall'esame degli ulteriori presupposti della fattispecie in sé necessaria»²⁴. La definizione del giurista tedesco, che negli anni Dieci del secolo scorso sarebbe stata tematizzata anche da Naendrup e da Krueckmann e in Italia negli anni Trenta dal civilista lombardo Enrico Fin-

20 Il riferimento non può che andare al padre della filosofia analitica, L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* (1922), tr. it., *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, Torino, 1968, par. 2.0123 e 2.013, ove come noto si legge che «ogni oggetto abita in uno spazio di possibili stati di cose, che lo pregiudicano e lo rendono comprensibile come oggetto in relazione ad altri».

21 A. Falzea, *Apparenza*, cit., p. 687.

22 Si veda R. Moschella, *Contributo*, cit., pp. 50-60, secondo il quale sempre più «la teoria dell'errore comune si attenua in quella dell'errore invincibile e si scolorisce del tutto nell'altra dell'errore scusabile, confluendo decisamente nella teoria dell'apparenza giuridica, inteso ovviamente come teoria dell'affidamento legittimo» (p. 60); i riferimenti alla teoria dell'errore comune erano naturalmente alla dottrina francese; in particolare a H. Mazeaud, *La maxime "Error communis facit ius"*, in "Rev. trim. de droit civil", 1924, pp. 929 ss.

23 R. Sacco, *Apparenza*, cit., p. 255; la definizione dell'apparenza quale teoria dell'«affidamento legittimo» è di R. Moschella, *Contributo*, cit., p. 60.

24 La citazione è del giurista tedesco E. Jacobi, *Die Theorie der Willenserklärungen*, München, 1910, p. 32, integralmente riportata da R. Moschella, *Contributo*, cit., pp. 21, 22, n. 15.

zi²⁵, riveste oggi un duplice particolare interesse. Non solo perché essa già delineava la nozione di apparenza giuridica nella direzione della teoria della «legittimazione formale»²⁶, ma anche perché rivelava senza particolari incrinature la natura essenzialmente “produttiva” della costruzione di ascendenza decisamente pandettistica: «ciò che la costruzione produce o meglio mette in luce è già, in un certo senso implicito nelle norme giuridiche o, se si vuole, nella mente e nell'intento del legislatore»²⁷.

Tale formulazione infatti risente della derivazione delle norme e dei concetti giuridici ancora dai principi del diritto naturale. Non è certo questa la sede per discutere non solo l'importante problema dell'ascendenza wolfiana della Pandettistica di Puchta, ma anche il significativo problema se norme e concetti giuridici potevano essere pensati come mezzi idonei ad assicurare il rispetto del diritto naturale oppure se fossero una semplice generalizzazione e conseguente deduzione meccanica di altre norme giuridiche presenti nel diritto positivo²⁸.

Importa piuttosto rilevare che tale concezione dell'apparenza giuridica costituiva il risultato di quelle elaborazioni della cosiddetta “giurisprudenza dei concetti”, secondo le quali la sistematizzazione del giurista consisteva nel mettere in relazione tutte le disposizioni giuridiche ricavate mediante analisi. In questo modo esse formavano un sistema di nozioni logicamente chiaro, privo di contraddizioni e tendenzialmente di lacune, considerato che ogni singolo accadimento doveva poter essere sussunto in una precisa fattispecie concre-

ta²⁹. Solo per inciso, sia consentito sottolineare che una siffatta nozione di apparenza era condizionata dall'esigenza avvertita come imprescindibile dal giurista di costruire il sistema dell'ordinamento giuridico, inteso come «punto d'arrivo di una costruzione intellettuale che mette ordine in una realtà caotica; una rete conoscitiva che si sovrappone al suo oggetto, [che rappresenta] il fine cui tende l'attività dello studioso, e quindi un sistema esterno all'oggetto studiato»³⁰. Esso era evidentemente caratterizzato da una struttura deduttiva della conoscenza scientifica³¹.

In altri termini, la Pandettistica tedesca diveniva un luogo ideale di passaggio da una teoria dell'apparenza giuridica delineata in senso veritativo ad un sistema giuridico in cui persino lo stesso diritto positivo veniva ridotto all'apparenza e alla convenzionalità. In questo senso

29 C.-W. Canaris, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco* (1983), tr. it., Napoli, 2009, p. 21.

30 M.G. Losano, *Sistema e struttura nel diritto. Il Novecento*, II, Milano, 2002, pp. 2-3; sul tema si veda G.B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008, pp. 34-37.

31 Per la costruzione scientifica di un sistema assiomatico-deduttivo, anche detto “sistema esterno”, si veda D. Hilbert, W. Ackerman, *Grundzüge der theoretischen Logik*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949, pp. 31 ss., 74 ss.; U. Klug, *Juristische Logik*, Berlin-Heidelberg-New York, 1966, pp. 1 ss., 9 ss., 172 ss. Il “sistema interno” invece avrebbe caratterizzato le costruzioni giuridiche del Novecento, il cui archetipo è rappresentato dalla teoria giuridica kelseniana, la quale, come noto, depurava l'esperienza da tutto ciò che non fosse giuridico, in vista del ritrovamento di una struttura coerente e completa insita nell'oggetto stesso di analisi: «il compito dello studioso consiste nello scoprirla e nel descriverla, essendo il sistema stesso interno all'oggetto studiato»; cfr. M.G. Losano, *Sistema*, cit., pp. 37-109, proposta con particolare riferimento a H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), tr. it., Torino, 1966; la medesima posizione veniva espressa anche in Id., *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, 1981, pp. 15-66. Per una lettura, invece, in senso specularmente opposto, quale prototipo di quello che potrebbe definirsi anche in Kelsen un “sistema esterno”, con particolare valorizzazione della natura essenzialmente convenzionale e operativa della costruzione scientifica, si veda F. Gentile, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del Quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Napoli, 2017², pp. 116-128, 164-174. Sul tema con la consueta finezza di recente, cfr. F. Riccobono, *Anti-kelsenismo italiano*, Torino, 2017, pp. 7-34, 80-99.

25 H. Naendrup, *Die Gewere-Theorien*, Münster, 1910; P. Kruechmann, *Nachlese sur Unmöglichkeitstheorie*, Jherings Jarhb., 1910; E. Finzi, *Il possesso dei diritti*² (1915), Milano, 1968.

26 Anche questa definizione si deve a R. Moschella, *Contributo*, cit., pp. 18-35.

27 Cfr. G. Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965, p. 45.

28 Op. ult. cit., p. 53; ma anche R. Sacco, *Apparenza*, cit., p. 355: «la loro visione del diritto [dei Pandettisti] implica chiaramente una dicotomia: esiste il diritto positivo, di fronte al quale rilevano le apparenze, ed esiste un altro ordinamento ideale, che assegna rilevanza a fatti e situazioni giuridiche “veri”, “che sono poi quelli considerati tali dal pensiero gius-naturalistico».

il fenomeno dell'apparenza giuridica subiva il prevalere della tutela per il soggetto che intende fare valere i dati esteriori della situazione visibile rispetto al soggetto titolare della posizione giuridica nascosta. Quasi a dire che l'apparenza giuridica subiva lo stesso trattamento del diritto positivo rispetto al sistema esterno. In questo modo l'apparenza giuridica diveniva un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico civilistico, suscettibile di ogni forma di interpretazione estensiva e analogica³².

La proposta del Naendrup, anch'essa denominata della «legittimazione formale», secondo la quale l'apparenza giuridica ritrovava una propria collocazione dogmatica nel rapporto tra la fattispecie produttiva del diritto soggettivo e il potere del soggetto giuridico di manifestare la propria volontà con effetti rispetto ad una data situazione giuridica, è ancora oggi di particolare interesse. Non tanto perché l'idea stessa dell'apparenza giuridica era connaturata alla costruzione stessa del sistema del diritto, il quale sia sul piano del diritto naturale, sia su quello del diritto positivo costituiva soprattutto il risultato di un giudizio sull'esistenza dei diritti soggettivi, quanto in virtù dell'interesse per lo studio del legame veritativo, declinato nei termini della corrispondenza, tra ciò che appare e ciò cui l'apparire finisce per rinviare. Il Krueckmann, infatti, maggiormente condizionato rispetto al Naendrup dall'idea che il diritto positivo non poteva che fare riferimento al diritto naturale, anche quale criterio di validità delle norme giuridiche, riteneva di poter impostare il problema dell'apparenza giuridica sulla base della convinzione che l'essenza stessa dell'esperienza giuridica fosse colta dal contenuto dell'accertamento del giudice. Quest'ultimo nel e attraverso il processo doveva riconoscere ciò che secondo il diritto sostanziale consentiva, ancora prima del momento processuale, l'attuazione del diritto soggettivo³³. Tale teorica era evidentemente influenzata da una precisa

concezione della natura dell'ipotesi ricostruttiva della fattispecie giuridica. In questa prospettiva, il processo giurisdizionale finiva per rappresentare l'unico luogo deputato alla realizzazione effettiva delle posizioni giuridiche soggettive attive³⁴. Proseguendo lungo questo itinerario argomentativo, e con particolare riferimento all'apparenza giuridica, siccome l'attuazione del diritto soggettivo dipendeva dal particolare atteggiarsi di una determinata fattispecie concreta, era solo il giudicato della sentenza civile in grado di realizzare quell'elemento formale, che poneva definitivamente fine ad ogni discussione inerente al problema di una fattispecie astratta solo "apparentemente" completa³⁵.

Rispetto alle teoriche di questi giuristi tedeschi e alla natura della loro metodologia, in questa sede interessa rilevare non tanto la differenza tra un positivismo giuridico "à la Bergbohm", secondo il quale le norme giuridiche non potevano che essere derivate dal diritto naturale³⁶, ed uno "à la Zitelmann", in forza del quale era la stessa dogmatica giuridica ad essere utilizzata per una costruzione più ampia³⁷. Né sottolineare che sullo sfondo di tale dibattito si agitavano le discussioni sulla genesi del diritto positivo e sulla natura della sua sistemazione attraverso il sistema giuridico, dal momento che, si faceva notare, la struttura stessa del BGB del 1900 era stata delineata da quegli stessi giuristi che erano anche stati dei grandi sistematici. In questo modo cominciava a prendere forma l'idea, di ascendenza evidentemente neo-kantiana³⁸, che nel diritto positivo

34 Cfr. P. Parrini, *Il problema del realismo dal punto di vista del rapporto soggetto/oggetto*, in P.L. Lecis, V. Busacchi, P. Salis (a cura di), *Realtà, Verità, Rappresentazione*, Milano, 2015, pp. 21-51; M. Bianca, *La conoscenza e il mondo: correlazioni tra gnoseologia e ontologia*, *ibidem*, pp. 143-148; di particolare interesse sul tema anche E. Bellone, *L'origine delle teorie*, Torino, 2006, pp. 50-56.

35 Tesi non dissimile da quella che sosterrà qualche anno dopo nella dottrina civilistica italiana L. Cariota Ferrara, *I negozi sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, 1936, pp. 31, 37, 43.

36 G. Lazzaro, *Storia*, cit., p. 53.

37 M.G. Losano, *Sistema*, cit., p. 243.

38 Ci si riferisce naturalmente alla Scuola di Marburgo di Ernst Cassirer ed Hermann Natorp. Per la presenza

32 R. Sacco, *Apparenza*, cit., p. 355. Per una prospettiva che riteneva inutile dal punto di vista scientifico la costruzione di una teoria dell'apparenza giuridica, si veda G. Stolfi, *L'apparenza del diritto*, Modena, 1934.

33 P. Krueckmann, *Nachlese*, cit., pp. 113, 160.

stesso potessero essere rinvenute delle strutture, se non trascendenti, quantomeno generalmente valide³⁹. Importa piuttosto registrare come tali concezioni avrebbero non poco condizionato anche la nostra dottrina civilistica.

E ciò anche solo riflettendo sulla prospettiva di quel valente civilista mantovano, secondo il quale, per comprendere appieno il significato dell'apparenza giuridica, occorre ipotizzare che potesse configurarsi una fattispecie incompleta, la quale delineasse una situazione giuridica più attenuata rispetto a quella caratteristica del diritto soggettivo. Essa prendeva il nome di «possesso», essendo costituita da alcuni elementi caratterizzanti la fattispecie normale e dall'assenza di altri, perlopiù riconducibili alle nullità, che impedivano una sua completa realizzazione. Dalla disamina delle quali sarebbe dipesa la maggiore o minore instabilità del possesso del diritto rispetto alla titolarità del diritto soggettivo. Potevano pertanto tratteggiarsi diverse e svariate gradazioni di provvisorietà rispetto alla medesima situazione giuridica soggettiva⁴⁰. Affermare infatti che in questo modo «vengono a prospettarsi non uno, ma più possibili possessi dello stesso diritto soggettivo», e coerentemente che, «se il

contratto è nullo, il possesso del diritto che ne deriva è estremamente instabile», mentre «se il contratto è annullabile, il possesso del diritto è più stabile»⁴¹, significava affermare che l'apparenza giuridica era una forma intrinseca ad ogni realtà giuridica⁴².

Ne derivavano, certo, costruzioni scientifiche intrise di positivismo giuridico ma non anti-realiste nel senso di radicalmente costruttiviste. Certo, caratterizzate dall'integrale accoglimento del procedimento della sussunzione, declinato questo sulla base dell'idea che, come ad ogni fattispecie astratta doveva corrispondere un determinato effetto giuridico, così per il caso in cui la fattispecie concreta fosse manchevole di alcuni elementi, ad essa dovrebbe pur sempre corrispondere un effetto giuridico, anche se precario, che solo il giudicato civile poteva rendere definitivo⁴³.

Eppure in queste teoriche l'apparenza giuridica non rappresentava né una forma di negazione della verità né la soluzione di una possibile contraddizione logica, ma essenzialmente una realtà deformata, sbiadita, la cui spiegazione e comprensione non poteva che avvenire prendendo a riferimento, e a confronto, ciò che realmente è, o perché era già accaduto, oppure perché stava accadendo. In altri termini, l'apparenza della situazione giuridica, quale si era manifestata, poteva rinviare ad un determinato supposto fatto (in taluni casi diverso da quello reale, per es., quale risultato di un'abduzione errata), solo in quanto ciò che era apparso nell'ordinamento giuridico poteva essere considerato un tratto caratterizzante, seppure incompleto, di un fatto ritenuto il presupposto e la genesi stessa di quello che si era manifestato. Da un punto di vista più strettamente giuridico, il rapporto tra le circostanze emergenti

nel pensiero stesso di Kant di una ricorrente ambiguità, connessa alla fondazione stessa della categoria del giuridico, dalla quale derivava un profilo bivalente del diritto, non soltanto nelle scelte dei teorici ma anche nelle concrete dimensioni dei problemi scientifici, «sbilanciati ora verso il mondo dei valori, ora verso il mondo dei fatti», si veda U. Cerroni, *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, Milano, 1962, pp. 11-12.

39 G. Lazzaro, *Storia*, cit., pp. 50-56. Rispetto a questo significativo orientamento della filosofia giuridica, la filosofia dell'esperienza giuridica avrebbe compiuto un passo ulteriore, perché Enrico Opocher osservava come il diritto positivo non potesse non riconoscere l'universalità del diritto in quanto valore, il quale «consiste nel fatto che appartenendo il diritto alla struttura dell'esistenza, essendo indispensabile per l'esistenza, esprime determinati significati che sono fondati da un punto di vista oggettivo»; cfr. E. Opocher, *La validità assiologica come attribuzione di significato all'esistenza* (1966-1968), in F. Todescan (a cura di), *Lezioni metafisiche sul diritto*, Padova, 2005, p. 42.

40 E. Finzi, *Il possesso*, cit., pp. 338, 391; cfr. anche G. Venezian, *La tutela dell'aspettativa*, Bologna, 1900, ora in Id., *Opere giuridiche*, II, Roma, 1920, pp. 161 ss.; L. Monacciani, *Azione*, cit., pp. 114, 314 ss.

41 R. Moschella, *Contributo*, cit., p. 34.

42 Alcuni fatti consentivano di attribuire ad un determinato soggetto giuridico una legittimazione formale, anche se limitata, non tanto in relazione agli effetti, quanto alla provvisorietà degli stessi; cfr. inoltre F. Carnelutti, *Teoria*, cit., p. 165, secondo il quale il possesso del diritto rappresenta la situazione materiale, dalla quale può scaturire a favore di taluno l'apparenza del diritto.

43 E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, p. 142.

e quelle non visibili, ma supposte esistenti, poteva allora essere rappresentato anche dalla incompletezza della fattispecie, tanto forte risultava l'idea che la verità di un fatto si potesse predicare solo in termini di corrispondenza⁴⁴.

Nonostante negli anni successivi la dottrina italiana, soprattutto nel secondo dopoguerra, sarebbe andata decisamente in altra direzione⁴⁵, nella prima metà degli anni Settanta alcuni Autori avevano inteso perfezionare la lezione del Finzi. Essi avevano rilevato come la teoria dell'apparenza giuridica, se costruita unicamente quale legittimazione formale, doveva limitarsi ad affermare non solo che il titolare apparente del diritto soggettivo era divenuto titolare di una situazione giuridica equivalente, ma anche, simmetricamente, che il legittimato apparente era divenuto legittimato reale, in forza della diversa fattispecie in cui consisteva l'apparenza⁴⁶. Tale dottrina doveva pertanto affrontare il tema relativo alla considerazione che le norme, che disciplinano l'esercizio della funzione giurisdizionale, finivano per «proporre vere e proprie fattispecie alternative di legittimazione, con diverso grado di stabilità, tutte le volte che esse consentivano l'individuazione di singole, concrete possibilità di realizzare giudizialmente assetti di interessi corrispondenti ad altrettante situazioni giuridiche sostanziali». E questo sarebbe

accaduto, ogniqualvolta fosse stata «possibile l'individuazione *a priori* dei presupposti *minimi* di una pronuncia favorevole»⁴⁷. Ne conseguiva che ci si poteva riferire all'apparenza giuridica, se fosse stato possibile individuare rispetto al diritto sostanziale «dei complessi di fatti che costituissero la fattispecie *minima* della pretesa concretamente realizzabile attraverso il processo»⁴⁸. Secondo questa prospettiva, allora, il titolare apparente (l'erede) diveniva titolare di una legittimazione formale, rispetto agli atti di disposizione del diritto, la quale dipendeva dalla situazione apparente, così come veniva sostenuto che il possesso e la trascrizione potevano concorrere alla formazione di situazioni apparenti. Da queste potevano derivare rilevanti effetti giuridici, non solo come criterio di preferenza fra due acquirenti dello stesso dante causa rispetto all'anteriorità dell'acquisto, ma anche quali modalità di acquisto del diritto da chi non era l'effettivo titolare, avendo essi concorso con il proprio comportamento, quali meri legittimati formali, alla produzione di effetti giuridici nell'interesse altrui. Di grande importanza, sempre secondo questa teorica, l'idea che il fondamento dell'ipotesi ricostruttiva dell'apparenza giuridica non era tanto e solo il divario tra ciò che appariva all'esterno quale immagine del nulla, e la verità della realtà giuridica che rimaneva nascosta, quanto la cosiddetta «possibilità giuridica»⁴⁹. Gli effetti giuridici prodotti non dipendevano allora dall'assetto più estrinseco ed evidente di una «falsa» realtà, ma dall'attuazione di una situazione giuridica «incompleta», mediante l'utilizzazione formale di norme poste a tutela di esigenze diverse. Si pensi a «colui che è in grado di trascrivere un acquisto, sia pure sulla base di un titolo assolutamente nullo con l'effetto di far salvo, sia pure

44 Sul tema la letteratura è evidentemente smisurata, per la chiarezza dell'analisi e i riferimenti bibliografici, si veda, *ex multis*, oltre naturalmente alle opere già citate alla n. 15, F. D'Agostini, *Introduzione alla verità*, Torino, 2011, pp. 47-114; per una prospettiva diversa, G. Vattimo, *Addio alla verità*, Roma, 2009, pp. 94-140.

45 Cfr. M. D'Amelio, *Sull'apparenza del diritto*, in "Nuovo Dig. It.", I, Torino, 1937, il quale, già a cavallo delle due guerre mondiali, nella sua duplice veste di primo presidente della Corte di cassazione e redattore della voce *Apparenza* del Nuovo Digesto Italiano, che peraltro anche dirigeva, aveva dato un importante impulso alla regola, di derivazione francese, secondo la quale colui che è in colpa per avere creato l'apparenza di una situazione non può fare valere il vero stato delle cose nei confronti del terzo che abbia potuto confidare inconsapevolmente nell'apparenza. Registra come circostanza rilevante che tale voce sarebbe stata ripubblicata da D'Amelio pressoché identica nel 1957; cfr. R. Sacco, *Apparenza*, cit., p. 357.

46 Cfr. A. Falzea, *Apparenza*, cit., p. 691; R. Moschella, *Contributo*, cit., p. 243.

47 *Ibidem*, p. 246; *contra* L. Monacciani, *Azione*, cit., pp. 256 ss.

48 Cfr. R. Moschella, *Contributo*, cit., pp. 239, 245, secondo il quale non erano da ricomprendere nella tutela dell'apparenza giuridica il titolo esecutivo, il titolo dello stato, il negozio impugnabile, il titolo di credito.

49 La tesi la si ritrovava anche in L. Cariota Ferrara, *I negozi*, cit., pp. 92 ss.; e in E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* (1943), rist. II ed., a cura di G. Crifò, Napoli, 2002, pp. 22, 232.

con il decorso di un certo tempo, il proprio atto di alienazione»⁵⁰.

Da ultimo, va segnalato che nei primi anni del secolo scorso, accanto alla teoria della legittimazione formale, una qualche non immeritata fortuna aveva ottenuto quella costruzione, anch'essa di derivazione pandettistica, la quale dava conto dell'apparenza giuridica a partire dal settore dell'ordinamento giuridico dedicato alla "pubblicità". L'apparenza giuridica, lungo questo itinerario giuridico, poteva avere una propria rilevanza non quale semplice esteriorizzazione sensibile della fattispecie, ma come applicazione della «giustizia terrena», la quale «non metteva in forse novantanove diritti per salvarne uno che si discostava dalla normalità». Essa aveva un significato che si potrebbe definire "pre-giuridico", rinvenibile nella natura delle cose, ricollegandosi ad un principio di diritto sostanziale, il quale informava di sé la valutazione degli interessi umani e dei relativi rapporti, non potendo in alcun modo rappresentare un semplice principio di organizzazione e di funzionamento del sistema giuridico. Da questo angolo visuale il fondamento dell'apparenza giuridica veniva rinvenuto nel principio di responsabilità cui dovevano improntare la loro condotta gli operatori giuridici. Pertanto l'acquisto del terzo costituiva un risarcimento del danno patito da quest'ultimo, a causa del comportamento colpevole di chi aveva avuto la responsabilità di concorrere nella creazione di un'apparenza cui non corrispondeva, nella realtà, una effettiva posizione giuridica attiva, dalla quale, a rigore, non potevano conseguire valide conseguenze giuridiche⁵¹.

A tali teoriche veniva fatto notare che proprio la disciplina della pubblicità escludeva l'attribuzione di una qualche rilevanza all'apparenza giuridica. Anche se va oggi sottolineata la pregevole ricerca di un legame tra la pubblicità, ispirata alla esigenza di tutelare la pubblica fede, e l'apparenza, nonché tra quest'ultima e le dichiarazioni che venivano

diffuse nell'ordinamento giuridico⁵². Secondo queste dottrine, infatti, sia la pubblicità, sia le dichiarazioni degli operatori rivolte alla generalità consistevano in fatti tipici, rigorosamente determinati, i quali avevano un valore formale, poiché si "sovrapponevano" alla realtà giuridica, divenendo quelle apparenze, che consistevano in una indicazione certa e pre-determinata rispetto all'azione dei terzi⁵³.

Inutile evidenziare che l'evoluzione di alcune di tali concezioni sarebbe stata nel senso di ricomprendere tutte quelle fattispecie giuridiche, in cui l'atto compiuto dal terzo con un soggetto, che non è titolare del diritto, è ugualmente efficace, come se fosse compiuto con il titolare, purché un titolo formale di investitura del soggetto disponente abbia potuto creare una situazione di affidamento del terzo⁵⁴.

3. LA TEORIA DELL'APPARENZA GIURIDICA QUALE «LEGITTIMO AFFIDAMENTO»

È nel secondo dopoguerra che sarebbe stata elaborata quella concezione, ancora oggi nettamente prevalente, secondo la quale l'apparenza ha una propria rilevanza giuridica non tanto in relazione ad un rapporto, pur errato o incompleto, di corrispondenza tra ciò che appare nell'ordinamento giuridico e la realtà di cui essa rappresenta una manifestazione esterna. Quanto nella probabilità di ingene-

52 A. Falzea, *Apparenza*, cit., p. 690; S. Sotgia, *Apparenza*, cit., p. 323.

53 Cfr. R. Moschella, *Contributo*, cit., p. 48: «si perde il principio dell'apparenza e non se ne coglie la carica di novità, né la sua essenza giuridica, se non lo si considera sotto questo profilo preventivo di guida all'azione, prima ancora che sotto quello successivo di tutte le conseguenze di un affidamento casualmente verificatosi».

54 In questo senso per certi versi anche P. Schlesinger, *Il pagamento del terzo*, Milano, 1961, p. 143, secondo il quale «la caratteristica delle situazioni apparenti [sarebbe da rinvenirsi] nella rilevanza eccezionalmente attribuita allo svolgimento dell'attività la cui legittimazione dovrebbe essere riferita»; così anche E. Betti, *Teoria*, cit., p. 227, a giudizio del quale occorre ricollegare la legittimazione ad una situazione di fatto tale da giustificare da parte dei terzi la illazione di un probabile sussistenza di un rapporto qualificante.

50 R. Moschella, *Contributo*, cit., p. 257.

51 Tale tesi proposta nei primi decenni del secolo scorso è attribuita al giurista tedesco H.O. Meyer, come riferito in *ibidem*, pp. 38-40.

rare un fraintendimento della realtà nel soggetto che sia venuto in contatto con il titolare apparente di una posizione giuridica.

Secondo questa ricostruzione dell'apparenza giuridica, denominata appunto dell'«affidamento legittimo», muta completamente anche la concezione della sottostante idea di verità⁵⁵. All'idea che l'apparenza poteva avere un significato giuridico, a condizione che vi fosse una qualche corrispondenza, necessariamente incompleta, tra le circostanze di fatto visibili e la realtà nascosta, si sarebbe sostituita una concezione della verità puramente relazionale e deflazionista, nelle sue varie e articolate forme, che combinavano aspetti delle teorie coerentiste con tratti propri del pragmatismo⁵⁶.

«La verità di opinioni o di proposizioni si può, a sua volta, motivare solo con l'aiuto di altre opinioni e proposizioni», dato che, «sebbene la verità non possa venire ridotta alla coerenza e all'affermabilità giustificata, deve esistere una relazione interna tra verità e giustificazione»⁵⁷. In altri termini, prevale l'idea che «non c'è solo un modo in cui stanno le cose, e la pretesa che ci sia genera dogmatismi e riduzionismi pericolosi», l'unica verità co-

55 Come dicevamo nei paragrafi precedenti essa assurge ad elemento (filosofico) fondante di ogni teorica sull'apparenza giuridica, proprio perché discutere di apparenza significa doversi confrontare con ciò di cui essa è manifestazione. Per l'inquadramento delle questioni più importanti, con particolare riferimento alle teorie analitiche del linguaggio, si veda E. Picardi, *Le teorie del significato*², Roma-Bari, 2009, pp. 2-91; D. Marconi, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino, 2007, pp. 3-47; per una accurata critica della teoria della verità per corrispondenza, si veda P. Valore, *Verità e teoria della corrispondenza*², Milano, 2006, pp. 83-106. Per la disamina di una prospettiva realista della conoscenza, nonostante la pregiudiziale analitica, si veda il fondamentale D. Davidson, *Sulla verità* (1989, 2001), tr. it., Roma-Bari, 2006, pp. 9-68; nonché R. Brandom, *Verità e asseribilità* (1994), in A. Bottami, C. Penco (a cura di), *Significato e teoria del linguaggio*², Milano, 2013, pp. 155-171; per una prospettazione contigua a quella criticata nel testo, si veda G. Marchetti, *Verità e valori. Tra pragmatismo e filosofia analitica*, Milano, 2008, pp. 37-54, 75-83.

56 Sull'argomento si veda F. D'Agostini, *Introduzione*, cit., p. 58; cfr. anche M. Messeri, *Verità*, Firenze, 1997, pp. 69-105 (sulla teoria della coerenza), 107-128 (sulla corrispondenza), 135-159 (sulle teorie deflazioniste).

57 J. Habermas, *Verità e giustificazione* (1999), tr. it., Roma-Bari, 2001, pp. 42-49.

noscibile è quella «per noi», di contro alla tesi che sia invece possibile descrivere la realtà «in sé»⁵⁸. D'altro canto uno dei filosofi più influenti nella nostra cultura, anche se non giuridica, afferma comunemente, e nemmeno troppo provocatoriamente, che possiamo solo riconoscere, forti della lezione di Nietzsche secondo il quale non ci sono fatti ma solo interpretazioni, e ridicolizzando Tarski, «che vediamo le cose in base a certi pregiudizi, a certi interessi, e che se è mai possibile la verità, essa è il risultato di un accordo che non è necessitato da alcuna evidenza definitiva, ma solo necessitato dalla carità, dalla solidarietà, dal bisogno umano di vivere in accordo con gli altri»⁵⁹.

In ambito giuridico, ne consegue una concezione dell'apparenza giuridica legata alla percezione che della sua manifestazione ha il terzo che con la medesima sia venuto in contatto, ed eventualmente caduto in errore, purché in modo argomentabile. In questi termini, l'esistenza di un'apparenza in grado di produrre effetti giuridici dipende dalla capacità del soggetto giuridico di dare conto del proprio affidamento⁶⁰, il tutto naturalmente nell'orizzonte chiuso di un discorso giuridico.

Scendendo più nel dettaglio rispetto alle teoriche sull'affidamento legittimo, occorre sottolineare che quantomeno in un primo momento avevano la meglio quelle dottrine che, osservando il delinearsi e lo sviluppo di tale fenomeno nel suo aspetto prettamente dinamico, ritenevano che tali manifestazioni esteriori potevano dirsi «apparenze», a condizione non solo che mancasse o fosse venuto meno un documento oppure un titolo formale, ma anche che esse costituissero per il soggetto agente una fonte di legittimazione anomala⁶¹. In questo modo era anche possibile confutare l'obiezione, secondo la quale esse non potevano avere alcun rilievo giuridico, solo rappresentando l'occasione dell'errore individuale. Si faceva infatti opportunamente rilevare che il fraintendimento sulle medesime era effettivamente sempre colpevole, a meno che esse non fossero

58 F. D'Agostini, *Introduzione*, cit., pp. 149-151.

59 G. Vattimo, *Addio alla verità*, cit., pp. 46-49.

60 R. Moschella, *Contributo*, cit., p. 60.

61 L. Mengoni, *L'acquisto*, cit., pp. 64 ss.

in grado di generare l'idea di una possibile riproduzione nelle stesse della realtà di cui esse dovevano essere manifestazione. Ne conseguiva pertanto il convincimento che l'apparenza giuridica non poteva essere delineata attraverso la descrizione delle sole circostanze che potevano indurre in errore l'operatore giuridico, il quale fosse entrato in contatto con quella particolare forma di manifestazione della realtà. Anzi, avveniva esattamente il contrario. Infatti, affinché l'apparenza giuridica potesse alterare il principio di causalità degli acquisti, occorreva non tanto fare riferimento alle circostanze che avrebbero potuto indurre in errore l'uomo medio, ma esaminare le informazioni e le conoscenze effettivamente a disposizione del soggetto che si fosse comportato secondo buona fede, in relazione alle modalità di esteriorizzazione della situazione giuridica⁶².

Dottrina anche più autorevole, senza dubbio comunemente ascrivibile anch'essa alla concezione del «legittimo affidamento», alla fine degli anni Quaranta aveva già proposto una tesi simile. La protezione di chi aveva confidato sull'esistenza di una situazione solo apparente realizzava il punto di emersione nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'opposizione tra due opposte concezioni dell'esperienza giuridica, una orientata alla rilevanza dei fatti esterni, l'altra alle circostanze non visibili. «La presenza di un fatto generatore di apparenza è compatibile tanto con la realtà del fatto che se ne potrebbe inferire quanto con la irrealtà di quest'ultimo»⁶³. A parte la esplicita professione di fede in un positivismo giuridico già ritenuto ingenuo⁶⁴, in questo modo veniva teorizzato il venir meno di ogni distinzione tra la conoscenza della manifestazione e quella della realtà. Infatti, entrambe finivano per confondersi nella rilevanza dell'errore, poco importando, in ultima analisi, le nozioni cui avrebbe avuto a disposizione il soggetto che fosse venuto in contatto con la situazione giuridica apparente; ma solo

importando la persuasività dell'argomentazione rispetto alle cause dell'errore.

Secondo le teoriche più recenti, invece, non è più nemmeno necessario delineare una compiuta costruzione di natura teorico-generale in relazione all'apparenza giuridica, poiché essa non rappresenta un'altra forma delle modalità dell'apparire della realtà destinata ad inserirsi, omogeneamente, tra le conoscenze del soggetto che la deve valutare. Attraverso l'operare dell'istituto dell'errore e la correttezza dell'argomentazione del comportamento tenuto secondo buona fede⁶⁵, l'apparenza giuridica diviene regola che autorizza ad agire nel totale disinteresse per la conoscenza effettiva della realtà giuridica⁶⁶.

Secondo tale prospettiva, in quanto costruzione del pensiero priva di percettività sensibile, una situazione giuridica non è in alcun modo suscettibile di apparenza: l'espressione di uso comune che vede quest'ultima riferita ad un diritto o a una posizione giuridica soggettiva non rappresenta altro se non una forma abbreviata, dovuta alla circostanza che i fatti assurgono all'interesse dell'interprete, in considerazione degli effetti ad essi ricollegati dal diritto positivo. Pertanto la peculiare rilevanza assegnata dall'ordinamento agli accadimenti veri e reali del mondo esterno, generatori dell'apparenza di altri fatti giuridicamente qualificati, consiste nella loro equiparazione, totale o parziale, in considerazione di particolare esigenze, alla diverse fattispecie che da essi è consentito inferire, malgrado l'insussistenza di queste ultime. «La distinzione tra una legittimazione (come situazione giuridica qualificata dai suoi effetti) effettiva e una legittimazione dal punto di vista del di-

62 R. Moschella, *Contributo*, cit., pp. 45-46.

63 R. Sacco, *La buona fede*, cit., pp. 59 ss.

64 Cfr. P. Chiassoni, *Positivismo giuridico*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, pp. 32-83.

65 Cfr. A. Gentili, *L'argomentazione nel sistema delle fonti* (2001), in Id., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, pp. 3-27, secondo il quale, ma la tesi non è per nulla isolata, l'argomentazione medesima appartiene al sistema delle fonti; in questo senso e ancora più radicalmente P.G. Monateri, "All this and so much more": *critica all'argomentazione e non interpretivismo*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione alla soglie del XXI secolo*, Napoli, 2011, pp. 163-175, secondo il quale, in buona sostanza, a partire da un testo giuridico, entro certi limiti, qualsiasi interpretazione.

66 Tesi condivisa anche da A. Falzea, *Apparenza*, cit., p. 685.

ritto naturale rivela il substrato naturalistico [della distinzione]: il non legittimato rimane tale dal punto di vista del diritto positivo, il suo negozio è valido ed efficace». Infatti, «l'unica realtà giuridica è il nesso tra fatti giuridici e vicende di rapporti [...] il nesso tra atto di disposizione ed acquisto»⁶⁷.

Dal punto di vista strettamente giuridico è agevole obiettare anche da parte di chi condive la medesima concezione dell'apparenza giuridica, che la pretesa di ridurre la legittimazione effettiva a quella apparente «ad elementi di fattispecie equivalenti non vale ad escludere il diverso significato di tali requisiti». Permane l'esigenza «di distinguere la posizione del soggetto richiesta dalla legge perché il suo atto consegua efficacia, da altre situazioni, in cui la legge prescinde dalla effettiva posizione del soggetto per dare invece rilievo alla possibilità che circostanze di fatto traggano in inganno i terzi sull'esistenza di tale posizione»⁶⁸.

La tesi pare in ogni caso perfettamente coerente con quelle dottrine gius-filosofiche anti-realiste oggi prevalenti, nel senso di costruttiviste e nominaliste, per lo più declinate nel senso che è il linguaggio che struttura la realtà e gli oggetti. Occorre in altri termini rinunciare all'idea dell'esistenza di una oggettiva e conoscibile realtà giuridica ed abbandonare l'idea che la conoscenza costituisca il rispecchiamento della realtà. Solo per scrupolo, si deve senza dubbio rilevare che il rinnovato diffuso interesse per il realismo proprio di questi ultimi vent'anni consente di criticare anche la nota tesi di Rorty, secondo la quale

la conoscenza veritativa corrisponde ad una forma di rispecchiamento della realtà. In realtà quella criticata da Rorty altro non è se non l'idea della "rappresentazione mentale", intesa come l'interfaccia tra intelletto e oggetto. Si tratta di un equivoco di natura cartesiana e kantiana, poiché la prospettiva filosofica realista presuppone la verità come attiva conformità dell'intelletto al reale⁶⁹.

Per tornare al tema giuridico, si deve senza dubbio ad Angelo Falzea la più sofisticata sistemazione teorico-generale della disciplina dell'apparenza giuridica quale teoria del «legittimo affidamento». Egli, pur accogliendo la tesi che l'apparenza giuridica ha una propria rilevanza giuridica solo nell'ambito del procedimento di formazione dell'errore da parte del terzo contraente, avverte il problema, anche se non lo tematizza fino in fondo, che, anche così ragionando, i giuristi non possono rinunciare al rapporto delle apparenze con la realtà giuridica celata a favore della percezione che di queste possa avere il terzo contraente. «Il suo apparire è piuttosto un trasparire, l'apparire di un fenomeno attraverso un altro fenomeno», cosicché si tratta di uno «schema generale di relazione» tra «un fenomeno materialmente presente e immediatamente reale», il quale «*manifesta* un altro fenomeno non materialmente presente e non immediatamente reale»⁷⁰.

L'intento teorico è quello di correggere sia l'idea della identificazione dell'apparenza giuridica con la legittimazione formale, sia la concezione, secondo la quale l'apparenza giuridica stessa, per poter ottenere una propria autonoma rilevanza, deve presupporre uno stato soggettivo di colpa nel soggetto che intenda fare valere la situazione reale, sia, in ultima analisi, l'identificazione dell'apparenza stessa con gli errori sulla medesima.

Tale teorica evidenza come le apparenze giuridiche debbano potersi descrivere attraverso «segni e rapporti di significazione socialmente apprezzabili», purché si trattasse «di connessioni empiriche reali, che consenta-

67 R. Sacco, *La buona fede*, cit., p. 59, n. 29; sul tema si veda anche S. Pugliatti, *La trascrizione*, cit., p. 253.

68 C.M. Bianca, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, p. 33; per una visione opposta, ci pare, coerente con quella sostenuta in questo contributo, si veda A. Punzi, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, 2009, pp. 252-253, secondo il quale «certo il fatto si identifica, almeno in parte, con il procedimento di ricerca ed è condizionato dall'esistenza di prove addotte a sostegno di ciascuna ipotesi» [... eppure], «la ricerca processuale della verità, come procedimento di ricerca basato su argomenti, lungi dal fornire argomenti alla facili epistemologie postmoderniste, apre uno sguardo sulle funzioni della ragion pratica e sull'irriducibile rapporto tra verità e dialettica».

69 M. De Caro, M. Ferraris (a cura di), *Bentornata realtà*, Torino, 2012, pp. 93 ss.; il saggio di Rorty, cui ci si riferisce, è evidentemente R. Rorty, *La filosofia*, cit.

70 A. Falzea, *Apparenza*, cit., pp. 685-686.

no di inferire la realtà, non di simboli, i quali, per loro natura, sono solo in grado di evocare la struttura ideale del fenomeno». Quella utilizzata è la distinzione, tradizionalmente accolta dalla semiotica classica, secondo la quale il segno, quale combinazione di significante e significato, ha una funzione essenzialmente definitoria, mentre il simbolo deve condurre ad una interpretazione del referente medesimo, cosicché «l'apparenza oggettivamente intesa è l'apparire dell'irreale come reale dentro un campo di pubblica esperienza, in virtù di rapporti socialmente riconosciuti di significazione non simbolica»⁷¹. Da questo punto di vista, il possesso non può essere in grado di generare alcuna apparenza, non solo perché quello rilevante è il possesso dell'acquirente, non certo quello dell'alienante non proprietario (anche considerato che la buona fede dell'avente causa non viene richiesta al momento dell'acquisto bensì all'atto della consegna), ma soprattutto perché la situazione giuridica del possessore non può in alcun modo coincidere con la manifestazione di una fattispecie giuridica incompleta, qual è l'apparenza. Né lo possono essere i titoli formali di legittimazione, gli atti di pubblica fede e i fatti di pubblicità, proprio perché essi non rinviando ad una realtà ulteriore, anzi, lo statuto dei medesimi consente di precludere ogni disamina sul rapporto tra l'apparenza e la realtà medesima⁷².

Risulta allora effettivamente proposta, anche se non teorizzata, l'idea che i tratti caratterizzanti una compiuta teoria dell'apparenza giuridica devono, da una parte, consentire di distinguere precisamente le apparenze rispetto alla realtà sottostante, falsamente apparsa, dall'altra, di rilevare la corrispondenza della realtà alle apparenze sulla base di "circostanza univoche", come statuisce l'art. 1189 c.c.⁷³. Nonostante queste premesse teoriche, anche in Falzea incontra un particolare favore la teoria dell'"errore collettivo possibile", anche se delineata nello sforzo di restringere il più possibile ogni analisi sulla situazione soggettiva di

apparenza in capo ai singoli. Questa impone di concentrare la propria attenzione sulle cause, necessariamente oggettive, idonee a produrre l'errore, che avrebbe alterato il rapporto di causa nella disciplina degli acquisti⁷⁴. Per essere oggettivamente scusabile, esso deve cadere sulla esistenza di una situazione giuridica ritenuta valida, pur non essendolo, a prescindere dal comportamento tenuto dal titolare reale del diritto soggettivo⁷⁵.

4. L'EREDE, IL CREDITORE E IL RAPPRESENTANTE APPARENTE, SECONDO LA TEORIA DEL «LEGITTIMO AFFIDAMENTO»

In relazione alla teoria dell'apparenza giuridica quale «legittimo affidamento», nell'intento di verificare quanto affermato con riferimento all'evoluzione della concezione dell'apparenza giuridica e al suo mutato rapporto con l'idea della verità, si prenda a riferimento l'esegesi prevalente della fattispecie di cui all'art. 534, secondo comma, c.c. Esso statuisce che il vero successore subisce la privazione della titolarità del diritto soggettivo non tanto in forza dell'atto dispositivo posto

74 L. Monacciani, *Azione*, cit., pp. 138 ss.

75 A. Falzea, *Apparenza*, cit., p. 699: «l'errore oggettivamente sanante spiega dunque un'azione sanante e si contrappone alla figura ordinaria di errore, che spiega invece un'azione viziante: l'uno guadagna al diritto una fattispecie che invece sarebbe rimasta definitivamente inefficacia, l'altro introduce nella fattispecie un germe in-validativo, capace di togliere di mezzo l'efficacia precariamente attribuita all'atto»; *contra* L. Mengoni, *L'acquisto*, cit., p. 7; nonché P. Schlesinger, *Il pagamento*, cit., p. 143, secondo il quale «il concetto di sanatoria postula una divergenza tra un atto già compiuto ed il suo modello astratto, divergenza che la fattispecie sanante ha il compito di eliminare. Nel nostro caso, invece, l'atto compiuto non ha bisogno di essere sanato, essendo già di per sé inefficace». Da ultimo, sempre secondo la tesi di Falzea, l'errore del terzo è tale, anche se non viene causato dallo stato soggettivo di colpa oppure di dolo del titolare del diritto soggettivo leso, nonostante nella dogmatica giuridica sia effettivamente possibile distinguere l'apparenza «pura» da quella «colposa», quest'ultima, allorché l'errore risulta provocato dal comportamento del titolare reale del diritto soggettivo (cfr. p. 690).

71 *Ibidem*, p. 687.

72 *Ibidem*, pp. 688-690.

73 *Ibidem*, p. 693; *contra*, decisamente, R. Sacco, *Apparenza*, cit. p. 357.

in essere dall'erede apparente, il quale rimane inefficace, ma in ragione dell'effetto giuridico riconnesso dal legislatore al perfezionamento della più ampia fattispecie contemplata dall'art. 534 c.c., la quale risulta costituita oltre che dal titolo, dagli elementi dell'apparenza e dalla buona fede⁷⁶. Secondo la dottrina oggi sicuramente prevalente, infatti, il legislatore ha inteso accordare una tutela al terzo, in quanto la rappresentazione che egli si forma della conformità al modello giuridico del proprio comportamento negoziale è fondata su una situazione giuridica apparente.

Lungo tale itinerario teorico, l'apparenza diviene lo strumento di determinazione della buona fede dell'acquirente⁷⁷. La comprovata sussistenza dell'apparenza finisce pertanto con il rendere superflua ogni disamina sull'ordinaria diligenza del terzo⁷⁸: qualsiasi persona di normale avvedutezza avrebbe dovuto "scambiare" l'erede apparente per il vero erede, dal momento che «il baricentro della fattispecie viene fissato avuto riguardo alla posizione assunta dal terzo, all'attività da lui svolta e agli effetti conseguenti»⁷⁹. In questi termini, la prova dell'errore «collettivo potenziale», utilizzando la ricostruzione di Falzea, dovrebbe consistere in una dimostrazione, *prima facie*

presuntiva, dell'errore in cui può concretamente incorrere il terzo acquirente sulla qualità ereditaria del proprio dante causa⁸⁰.

La dottrina nettamente prevalente concentra pertanto la propria attenzione non tanto sul rapporto di falsa corrispondenza tra l'apparenza e il fatto generatore della medesima, quanto sull'analisi della percezione che dell'apparenza ha avuto il terzo in quella determinata situazione giuridica, in relazione al comportamento tenuto da quell'erede (apparente) «nella sua obiettività di dato sociale»⁸¹. Da questo punto di vista è di interesse rilevare l'abbandono di quelle teoriche, secondo le quali il concetto di erede apparente viene fatto coincidere con quello di soggetto fornito di titolo «atto di per sé all'acquisto dell'eredità, pure nella specie non [...] all'uopo efficace»⁸². Risulta infatti prevalente quella dottrina, la quale propone di escludere che l'erede apparente debba vantare un titolo, seppure inefficace, idoneo all'acquisto dell'eredità, in quanto troppo legata all'idea che solo l'esistenza di una fattispecie giuridica, seppure incompleta, possa consentire l'acquisto del diritto⁸³. Risulta pur vero che in questo modo viene meno ogni condizionamento della Pandettistica tedesca, ma con esso anche la possibilità di delineare, magari impropriamente, ma in termini veritativi, il rapporto tra le manifestazioni esteriori e la qualità di erede⁸⁴.

In linea con la prevalente concezione deflazionista e minimalista della verità⁸⁵, si afferma l'idea che gli elementi costitutivi dell'acquisto debbano essere "costruiti" dal giurista⁸⁶. Riprodotte tali elaborazioni all'am-

76 Cfr. L. Mengoni, *Gli acquisti*, cit., pp. 337, 340, secondo il quale la buona fede è protetta sul presupposto e nella misura di una situazione di fatto idonea a fondare l'affidamento dei terzi, genericamente definibile (in termini descrittivi) come situazione di titolarità apparente dell'alienante, criterio di qualificazione del comportamento negoziale dell'acquirente sotto il profilo dell'affidamento connesso alla titolarità apparente.

77 R. Messinetti, *Acquisto a non domino*, in "Enc. dir.", agg. III, Milano, 1999, p. 39; nonché G. Galli, *Il problema dell'erede apparente*, Milano, 1971, p. 336, secondo il quale «tra apparenza e buona fede sussiste – sotto il profilo giuridico – un rapporto di complementarietà, nel senso che l'efficacia di una situazione connessa all'apparenza sarebbe legata, dal diritto positivo, alla presenza della buona fede nell'ambito dello stesso fenomeno, senza la quale l'apparenza non sarebbe mai oggetto di immediata rilevanza».

78 C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2. *La famiglia e le successioni*?, 2005, Milano, p. 663; nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. 4 febbraio 2010, n. 2653, in *Pluris*.

79 C. Cicero, L. Sitzia, *Petizione di eredità*, artt. 533-535 c.c., in "Il Codice civile commentato", fondato da Schlesinger - diretto da Busnelli, Milano, 2013, p. 99.

80 E. Astuni, *Gli acquisti dall'erede apparente*, in R. Calvo, G. Perlingieri (a cura di), *Diritto delle Successioni*, I, Napoli, 2008, p. 437.

81 L. Ferri, *Successioni in generale*, artt. 512-535, cit., p. 217; dal punto filosofico-giuridico il riferimento è a F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990, p. 164.

82 Cfr. G. Pandolfelli, G. Scarpello, M. Stella Richter, G. Dallari, *Codice civile. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Milano, 1939, p. 101.

83 L. Mengoni, *L'acquisto*, cit., p. 83.

84 Cfr. F.D. Busnelli, *Erede apparente*, cit., p. 204.

85 Ci parrebbe esemplare P. Horwich, *Verità* (1990), tr. it., Roma-Bari, 1994.

86 Per una epistemologia costruttivista e pertanto anti-realista della conoscenza giuridica, con particolare

bito della dogmatica giuridica, occorre concludere che il vero successore non patisce la privazione della titolarità in forza dell'atto dispositivo posto in essere dall'erede apparente, il quale rimane inefficace, ma in ragione dell'effetto riconnesso dal legislatore al perfezionamento del meccanismo acquisitivo previsto dal secondo comma dell'art. 534 c.c., riconducibile questo alla "combinazione" dell'apparenza giuridica con l'onerosità dell'acquisto e la buona fede del terzo⁸⁷.

Ancora. Con riferimento all'art. 1189 c.c. e al venir meno di ogni disamina sulla relazione tra ciò che appare (il creditore apparente) e ciò che effettivamente esiste (il vero creditore), soprattutto la giurisprudenza di legittimità da tempo afferma che «l'apparenza deve essere ricondotta ad un comportamento del creditore, non potendo dipendere dal solo comportamento dell'accipiens». Pertanto l'effetto liberatorio di cui all'art. 1189 c.c. può darsi solo «se l'apparenza risulti giustificata da circostanze univoche e concludenti riferibili al creditore, sì da far sorgere nel debitore un ragionevole affidamento, esente da colpa, sulle effettiva sussistenza della facoltà apparente dell'accipiens di ricevere il pagamento»⁸⁸.

riferimento alla teoria dell'interpretazione, si veda V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2012, pp. 43-180; per un costruttivismo molto più moderato ma nella sostanza altrettanto anti-realista, si veda G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Bari-Roma, 2012, pp. 29-60; sul tema con particolare riferimento alla natura della scienza ci pare di particolare interesse I. Hacking, *La natura della scienza. Riflessioni sul costruttivismo* (1999), tr. it., Milano, 2000, pp. 31-90.

87 L. Mengoni, *Gli acquisti*, cit., p. 156; secondo altri Autori, infatti, tanto forte sarebbe stata la connessione della teoria dell'apparenza con l'affidamento del terzo, che sarebbe impossibile distinguere l'una dall'altro; cfr. F. Carnelutti, *Teoria*, cit., p. 160, a giudizio del quale l'apparenza altro non è se non «l'elemento obiettivo della buona fede», concepita come «opinione dell'esistenza del diritto dell'alienante fondata sulla sua apparenza»; cfr. anche Cass. 4 febbraio 2010, n. 2653, in *Pluris*, secondo la quale occorre la dimostrazione dell'idoneità del comportamento dell'alienante ad ingenerare la ragionevole convinzione di trattare con il vero erede, nonché dell'esistenza di circostanze univoche dell'ignoranza incolpevole di esso acquirente circa la realtà della situazione ereditaria al momento dell'acquisto.

88 Cfr. Cass. 11 settembre 2013, n. 20847, in *Pluris*.

Il problema che rileva in questa sede non pare tanto l'aggravamento probatorio della posizione del debitore, il quale deve dare la prova non solo dell'apparenza e della buona fede, ma anche della constatazione che è stato il vero creditore a indurlo in errore⁸⁹. Quanto, ancora una volta, all'idea della verità che costituisce il fondamento di questa concezione dell'apparenza giuridica in relazione all'art. 1189 c.c., occorre registrare che si tratta della combinazione della teoria della coerenza con alcuni elementi minimalisti del pragmatismo.

D'altro canto, va in questa direzione anche l'ampio dibattito sull'applicabilità dell'art. 1189 c.c. al caso del pagamento eseguito dal debitore nelle mani di un soggetto che risulterebbe non tanto oppure non solo un creditore apparente (rispetto al creditore vero), ma anche un ausiliario del creditore dotato di poteri di rappresentanza oppure di un suo mandatario all'incasso. Infatti, la dogmatica giuridica prevalente ritiene di configurare l'art. 1189 c.c. come una semplice disposizione speciale rispetto a quella generale implicitamente contemplata dall'art. 1188 c.c., in cui peraltro il fatto generatore dell'apparenza, per essere tale, deve derivare dalla condotta "colposa" del vero creditore. Risulta pur vero che, nell'intento di giustificare la sua esistenza nell'ordinamento civilistico, alcuni Autori intendono oggi ricondurre l'apparenza alla colpa, ma da più parti si evidenzia con decisione che gli effetti giuridici conseguenti all'apparenza non possono dipendere da uno stato soggettivo di colpa del titolare della posizione giuridica reale, anche se non visibile. Infatti, ciò impone al terzo accertamenti incompatibili con la celerità del traffico giuridico⁹⁰. Risulta peraltro evidente che tale forma di confutazione non pone in alcun modo il problema del rapporto in termini di corrispondenza veritativa dell'apparenza con la realtà.

Oppure, si pensi al rappresentante apparente di cui all'art. 1398 c.c., la cui interpretazione

89 Cfr. M.C. Venuti, *I soggetti del pagamento*. Artt. 1188-1192, in "Il Codice civile commentato", cit., 2018, pp. 164-165, la quale rinvia a Cass. 3 settembre 2005, n. 17742 (n. 123).

90 Cfr. A. Falzea, *Apparenza*, cit., p. 694, il quale contrasta nettamente questa posizione.

nettamente maggioritaria nella giurisprudenza di legittimità e nella dottrina trasforma l'apparenza in una tecnica di attribuzione della responsabilità al rappresentato. In altri termini, le informazioni sui poteri rappresentativi fatte pervenire dal rappresentato al terzo contraente possono anche essere false. In questo modo, se i poteri rappresentativi non vi dovessero essere, e potesse affermarsi la buona fede del terzo contraente, comunque sarebbe possibile ricorrere all'apparenza. In quest'ultima ipotesi il rappresentato è responsabile del danno cagionato dalla falsa apparenza sui poteri rappresentativi, conseguente alle false informazioni sui medesimi che egli ha comunicato al proprio rappresentante. A bene vedere, in questo caso non vi è questione di apparenza giuridica, ma di responsabilità contrattuale del rappresentato per false informazioni sui poteri rappresentativi del rappresentante, derivante dalla violazione della regola di correttezza informativa. In tali ipotesi, in dottrina si fa riferimento all'apparenza colposa di rappresentanza, e ciò anche se non ci fosse stata la *contemplatio domini*, non trattandosi di rappresentanza ma di responsabilità del rappresentato⁹¹.

Pare pertanto corretto affermare che «non vi è necessità di invocare l'apparenza per spiegare le norme del codice civile sulla rappresentanza», ma paradossalmente per spiegare l'apparenza occorre ricorrere «alle norme del codice civile sulla rappresentanza, che impongono al rappresentato la regola di comportamento e di responsabilità della correttezza professionale»⁹².

Da ultimo, e con riferimento al tema, anche più complesso dal punto di vista della scienza giuridica, della società apparente, sia solo consentito rilevare che essa viene configurata dalla giurisprudenza per tutelare il ragionevole affidamento che alcuni terzi di buona fede

91 Cfr. V. De Lorenzi, *La rappresentanza*. Artt. 1387-1400 c.c., in "Il Codice civile commentato", cit., 2012, 456-463 e soprattutto i riferimenti giurisprudenziali ivi contenuti; in dottrina, cfr. G. De Nova, *Il contratto*², in "Tratt. Dir. Civ.", diretto da Sacco, I, Torino, 2004, p. 192; V. Roppo, *Il contratto*², in "Tratt. Dir. Priv.", a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 291.

92 V. De Lorenzi, *La rappresentanza*, cit., p. 463.

avevano ritenuto di porre nell'esistenza di un rapporto sociale. E ciò pur in mancanza di qualsivoglia elemento caratterizzante la fattispecie del contratto di società. L'esistenza del rapporto sociale viene effettivamente fondata su circostanze che, ai fini della configurazione dell'impresa ex artt. 2082 e 2247 c.c., non risultano dogmaticamente necessarie, come la cosiddetta «esteriorizzazione»⁹³.

A tal punto in questo caso l'apparenza giuridica ha perduto ogni rapporto con la realtà, di cui dovrebbe rappresentare quantomeno una sembianza, che autorevole dottrina ha recentemente chiarito come il principio di apparenza operi in modo completamente diverso nel diritto societario rispetto al diritto civile comune. Mentre in quest'ultimo essa ha una connotazione essenzialmente soggettiva, nel primo, «imperniando il discorso su un piano essenzialmente oggettivo, [il principio di apparenza] non coinvolge alcun problema di rapporti con l'affidamento e la buona fede del terzo»⁹⁴. Si tratta di tesi senza dubbio avversata dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, la quale, anche nell'ambito del diritto delle società, richiede che l'apparenza possa determinare nei terzi il ragionevole convincimento dell'esistenza e della responsabilità della società apparente⁹⁵. In questa sede non interessa certo assumere una posizione rispetto ad un dibattito così complesso e variamente

93 Cfr. A. Bassi, *L'apparenza come criterio di imputazione della responsabilità per l'esercizio dell'impresa*, in "Giur. comm.", 2016, I, pp. 751 ss.; L. Stanghellini, *Contributo allo studio del rapporto di fatto*, 1997, p. 163; G. Cottino, *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità del contratto di società di persone*, in "Riv. dir. civ.", 1963, pp. 301 ss.

94 C. Angelici, *Società apparente*, in "Enc. giur.", Roma, 1993, XXIX, pp. 2-3.

95 Cfr., *ex multis*, Cass. 20 aprile 2006, in *www.iusexplorer.it*; Cass. 7 giugno 1985, n. 3398, in "Il Fall.", 1986, p. 152, secondo le quali il principio dell'apparenza del diritto importa che, perché una società di fatto possa considerarsi esistente nel mondo esterno, con tutte le conseguenze d'ordine sostanziale circa la responsabilità del patrimonio sociale e di quello individuale dei soci, sia sufficiente che apparisca esistente nei confronti dei terzi, il che si verifica quando due o più persone operino nel mondo esterno in guisa da ingenerare l'opinione che essi agiscano come soci, onde i terzi, trattando con loro, siano indotti a fare legittimo sull'esistenza e sulla responsabilità della società apparente.

articolato, quanto piuttosto evidenziare che, affinché ci si possa riferire alla società apparente, è necessario che all'esterno appaiano degli elementi che, quand'anche esistessero effettivamente, non sarebbero in alcuno modo sufficienti ad integrare il contratto di società⁹⁶. Come se, per tornare ad una ipotesi tipicamente civilistica, ciò cui avrebbe rinviato pur in modo improprio l'erede apparente, non sarebbero i requisiti caratteristici di un vero erede, ma quelli di un'altra figura giuridica.

5. LA PERDITA DELL'IDENTITÀ TEORICA DELL'APPARENZA GIURIDICA

L'interesse filosofico-giuridico per l'apparenza giuridica sta nella considerazione che essa per sua stessa natura dovrebbe porre il problema del rapporto nell'ordinamento giuridico tra ciò che appare e ciò di cui l'apparenza è manifestazione.

Oggi, come si è osservato nei paragrafi precedenti, nella sua declinazione giuridica prevalente non è in alcun modo rilevante il rapporto tra ciò che si manifesta e ciò che si cela. Pertanto, in vista di alcuni obiettivi e al verificarsi di determinati presupposti, viene attribuito significato ad alcune circostanze esteriori, in relazione a come esse sono percepite dai soggetti del traffico giuridico.

Risulta pur vero che sempre più spesso la filosofia della conoscenza contemporanea ci spiega che la metodologia e l'epistemologia passate e recenti hanno assegnato a formule e a gerarchie di concetti una funzione di disciplina dei nostri procedimenti teorici, e tutto ciò nel solo intento di dare un qualche fondamento ad un ordine fittizio anziché istru-

ire procedure cognitive. Rilevano, in ultima analisi, secondo la filosofia contemporanea, solo la disponibilità a sottoporre un qualsiasi enunciato alle procedure previste di controllo e di legittimazione, sulle quali esiste un previo accordo tra gli uomini⁹⁷.

D'altro canto, secondo la prevalente dottrina filosofico-giuridica, si ritiene che ogni indagine sulla verità della realtà risulti inutile, se non anche controproducente, tanto che ormai l'analisi dei fatti giuridici è possibile unicamente dal punto di vista del dover essere, cosicché l'esperienza giuridica ha un proprio ambito di comprensione e di descrizione solo all'interno dell'orizzonte del discorso giuridico⁹⁸.

Eppure, se non intendiamo solo prendere atto del nominalismo che tale posizione comporta, e riteniamo che la genesi stessa dell'istituto dell'apparenza giuridica mirasse certo ad agevolare il traffico giuridico, ma a condizione che permanesse un qualche legame con la situazione giuridica di cui l'apparenza costituiva l'emersione nell'ordinamento giuridico, dobbiamo evidenziare i limiti di questa posizione.

Tradizionalmente, descrivere in termini di apparenza giuridica un determinato "stato di cose" significava raffrontare ciò che appare con quello che si cela, rispetto al quale l'apparenza conservava un qualche legame, poiché, se così non fosse, non sarebbe nemmeno possibile discutere di apparenza. In qualche misura l'apparenza giuridica ha sempre avuto a che fare con la correttezza di un'abduzione⁹⁹. Banalizzando, è possibile affermare che il suono di un animale rinvia all'esistenza di un leone non solo se si possiede il concetto del leone ma anche qualora sia possibile ritenere che si trattava di un ruggito: «una proposizione "p" è vera se e solo se "p" corrisponde ad un fatto o stato di cose»¹⁰⁰, a meno di non voler sostenere che

96 Ci pare esemplare P. Menti, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*, in "Fall", 2011, pp. 1233-1242, in cui il suggestivo ossimoro dell'Autore sembra di-svelare l'operazione ideologica dei giudici milanesi (cfr. Trib. Milano, 11 aprile 2011, *ibidem*, pp. 1229-1233), declinata sulla base del rapporto non comunicante tra il paradigma "organizzazione dell'impresa" e quello "spendita del nome"; sul tema con grande puntualità, S. Delle Monache, *Commercializzazione del diritto civile e viceversa*, in "Riv. dir. civ.", 2012, I, pp. 489-491.

97 A. Gargani, *Il sapere senza fondamenti. La condotta intellettuale come strutturazione dell'esperienza comune*, Torino, 1973, pp. 77-88, 107.

98 Esemplari in tal senso M. Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di meta-giurisprudenza descrittiva*, Firenze, 2010, pp. 41-90; C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990.

99 Sul tema vale la pena di vedere il bel libro di G. Tuzet, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, 2006, pp. 26-55.

100 F. D'Agostini, *Introduzione*, cit., p. 48.

quel ruggito rimanda solo convenzionalmente alla presenza di un leone. Non è certo questa la sede per avviare una discussione sul significato odierno della concezione della verità per corrispondenza e della verità in generale, ma ciò non può esimerci dall'affermare che il ruggito rinvia "veramente" all'esistenza di un leone, poiché "in natura" a quel suono corrisponde la presenza di un animale chiamato leone.

Invece, l'idea stessa che il diritto altro non sia se non una narrazione (prettamente linguistica) include la tesi che qualunque discorso sia sostenibile se giustificato, in quanto coerente con alcune premesse¹⁰¹. Di particolare interesse in questo senso la proposta di Habermas, secondo la quale, in estrema sintesi, una credenza è vera se «nelle condizioni ideali» essa risulta dall'appropriato metodo di ricerca e se è coerente con la totalità dei dati intersoggettivamente disponibili agli studiosi seriamente impegnati, che costituiscono una comunità ideale di ricerca. Ci rendiamo conto che ogni ragionamento sull'"agire comunicativo" di Habermas non può essere a tal punto semplificato, e non potrebbe nemmeno essere inteso, senza un qualche riferimento al "mondo vitale", inteso come la cultura complessiva, condivisa, vissuta nella comunicazione quotidiana, la quale rivendica la propria posizione di orizzonte normativo entro i quali i vari ambiti dell'agire sociale devono coordinarsi. Salvo poi discutere se il "mondo vitale" abbia una sua struttura trascendentale normativa, che possa fondare e consentire l'apertura originaria della verità entro cui la comunità vive¹⁰². D'altro canto, già Max Weber aveva ripetutamente osservato che non esistono "fatti puri", ma solo fatti che sono "socializzati", e tutto ciò all'interno di un ordine ormai secolarizzato, in

cui la struttura costituiva del legame sociale non è più data dal rapporto individuo-società, ma da quello tra razionalità e forme dell'agire, che generano l'intreccio tra separazione e formalizzazione¹⁰³.

Le disamine giuridiche di cui alle pagine che precedono intendono per l'appunto comprovare l'idea che anche nel trattare l'istituto dell'apparenza giuridica, in cui più urgente dovrebbe essere l'approccio in termini veritativi, la scienza giuridica oggi rinuncia alla composizione di una teoria dell'apparenza giuridica, alla ricerca di un altro "ordine", così come la sociologia di Max Weber. Essa nel frattempo risulta aver rinunciato all'idea stessa del sistema giuridico, in nome di un'attività pan-interpretativa, che ha i suoi riferimenti filosofici nell'ermeneutica filosofica¹⁰⁴.

Allorché il giurista osserva un soggetto giuridico che si comporta come se fosse un erede e dal medesimo acquista un diritto, l'acquisto potrà dirsi efficace soprattutto in relazione alle informazioni/conoscenze concretamente a disposizione dell'avente causa, con particolare riferimento ai connotati e alle particolarità del vero erede. In questi termini, l'apparenza giuridica non è una rappresentazione imperfetta della realtà, ma una valutazione *a posteriori* di un errore "argomentabile".

In questi termini, si finisce per proporre una forma aggiornata di idealismo epistemologico¹⁰⁵, a mente del quale oggetto della conoscenza sono solo le rappresentazioni, e non le rappresentazioni in quanto e per ciò che esse predicano della realtà. Lungo questo percorso, si deve rinunciare all'idea della verità come *adaequatio intellectus et rei*, e contrapporre l'idea dell'apparenza alla verità, concependo l'una la negazione dell'altra. Se indubbiamente la realtà può essere conosciuta solo attraverso le rappresentazioni della medesima (apparenze), ciò non significa che oggetto della conoscenza siano solo le rappresentazioni.

101 *Ibidem*, pp. 47-69; si tratta della verità per coerenza, secondo la quale «la proposizione (credenza) "p" è vera se e solo se "p" è coerente con altre proposizioni già riconosciute come vere o con l'insieme delle nostre credenze»; anche se recentemente si sono affermate concezioni di natura deflazionista, in virtù delle quali un'affermazione è vera se è pragmaticamente utile: «una proposizione "p" è vera se e solo se l'assunzione di "p" è coronata da successo, ovvero si rivela efficace per scopi pratici o scientifici».

102 J. Habermas, *Verità*, cit., pp. 42-49.

103 G. Marramao, *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*, Torino, 2017², pp. 147-149.

104 Cfr. M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, pp. 7-36; R. De Giorgi, *Scienza del diritto e legittimazione*, Bari, 1979.

105 E. Agazzi, *Che cos'è il realismo*, cit., pp. 31-36.

Pertanto, abbandonata la ricerca del legame della realtà celata con la sua manifestazione, l'apparenza giuridica ha perduto oggi ogni forma di autonomia teorica, per divenire una nozione strumentale ad altri discorsi giuridici: quello sulla importanza dell'affidamento del terzo che ha contrattato con il titolare apparente del diritto, oppure sul significato della responsabilità di chi, per propria negligenza e trascuratezza, ha ingenerato una situazione giuridica solo apparente. Insomma, e forse proprio per questo, la trattazione di quell'istituto che, per propria natura, avrebbe dovuto quantomeno porre il problema dell'idea, secondo la quale esiste un modo di essere delle cose autonomo rispetto al soggetto conoscente, in relazione al quale possiamo affermare che "le cose stanno (o non stanno, pur apparendo) effettivamente così", ha completamente eluso il problema della verità, dei fatti. L'apparenza giuridica diviene oggi un pur importante tassello della retorica di un più articolato discorso giuridico, ora condizionato dalla tutela dell'affidamento del terzo, ora mirante a sanzionare la responsabilità giuridica di chi abbia dato corso all'apparenza medesima.

Approdi dottrinali e giurisprudenziali quelli descritti nel paragrafo precedente senza dubbio di grandissima rilevanza teorica, elaborati però a partire da un'idea di verità contestuale e deflazionista, in cui l'apparenza rileva non tanto per un particolare rapporto di corrispondenza (pur anomala) con la realtà. Quanto per come essa viene percepita nell'ambito di un determinato rapporto giuridico (erede vero - erede apparente - terzo affidatario; creditore vero - creditore apparente - debitore), *hinc et nunc*. Si tratta di un'altra forma di costruttivismo, in cui ogni rilevanza viene attribuita non alla situazione giuridica ma alla posizione anche giuridica dell'osservatore.

Per una sorta di eterogenesi dei fini, la dottrina contemporanea, programmaticamente anti-formalista, diviene però anti-realista, contrapponendo la propria proposta epistemologica a quella che era della Pandettistica tedesca dei primi anni del secolo scorso, e di alcuni nostri Autori del primo dopoguerra dalla stessa particolarmente influenzati, al-

lorché sostenevano che l'apparenza giuridica constava di una fattispecie giuridica sostanzialmente incompleta. Prospettazione questa debitrice di certo positivismo giuridico, ed evidentemente orientata alla ricostruzione in termini di causalità oggettiva della successione degli acquisti nel traffico giuridico, ma nel contempo ispirata all'idea che, affinché l'apparenza potesse produrre effetti giuridici, essa doveva avere un rapporto di corrispondenza con la realtà celata, non potendo costituire una semplice negazione della stessa, quale effetto dell'errore del terzo.

In seguito, l'analisi dei giuristi avrebbe preso con decisione una direzione completamente diversa, essenzialmente ispirata e orientata alla idoneità dell'apparenza-rappresentazione ad ingenerare una determinata percezione in capo al terzo, il cui affidamento, sulla base dell'idea che l'esperienza giuridica è solo una complessa ed utile interferenza di fattispecie che possono collidere, può essere legittimamente tutelato, solo se retoricamente argomentato. Ciò spiega il sempre maggiore interesse e diffusione degli studi filosofico-giuridici sull'interpretazione-argomentazione¹⁰⁶, poiché la innegabile presenza delle componenti teoriche nella scienza giuridica convince oggi i giuristi che la conoscenza

106 Sul punto la letteratura è sterminata; quali prototipi delle due prospettive che oggi risultano prevalenti, nonché per le aggiornate indicazioni bibliografiche, si veda M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione* (2006), tr. it., Napoli, 2012, pp. 55-278; e F.H. Emmere van, R. Grootendorst, *Una teoria sistematica dell'interpretazione dell'argomentazione. L'approccio pragma-dialettico* (2004), tr. it., Milano, 2008, pp. 19-84; da una prospettiva ancora diversa, occorre vedere i fondamentali, anche per le ascendenze di natura neo-costituzionale, R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* (1978), tr. it., Milano, 1998, in particolare pp. 149-165, 235-242; N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*² (1994), tr. it., Torino, 2001; di pari passo è andato il ripensamento della notissima teoria dell'argomentazione di C. Perelman, L. Olbrechts Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), tr. it. Torino, 1976, da parte di Peczenich e Aarnio, i quali, pur da prospettive diverse, hanno entrambi coniugato con i principi della logica formale l'esigenza di ritrovare all'interno di una determinata comunità un sistema di valori condiviso.

scientifica, in quanto convenzionale e astratta, allorché intenda effettivamente descrivere la realtà, finisce per essere del tutto arbitraria, cosicché il grado di verità di ogni affermazione diventa solo una questione di coerenza argomentativa. Di pari passo anche i fatti hanno perso interesse per i giuristi, anch'essi continuamente "costruiti" e "ricostruiti".

Eppure, se la verità implica sempre un riferimento a qualche cosa cui la proposizione rinvia, al fine di affermare la verità di una proposizione, occorre ammettere non solo che esistano gli oggetti cui essa si riferisce, ma anche che le caratteristiche dei fatti descritti nelle proposizioni sono esattamente come le medesime dicono¹⁰⁷.

Federico Casa ricercatore confermato di teoria generale del diritto dell'Università di Padova.

Professore aggregato dell'Università di Padova ove tiene il corso di Lineamenti di didattica giuridica e dell'Università di Treviso ove tiene il corso di Teoria del diritto giurisprudenziale.

Avvocato civilista.

Si occupa soprattutto di epistemologia giuridica e della filosofia dei giuristi italiani.

Federico.casa@unipd.it

¹⁰⁷ E. Agazzi, *Che cos'è il realismo*, cit., p. 39.